أحكام القصّر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
« دراسة مقارنة »

بقلم
د. أحسن زقور
كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية
جامعة وهران - الجزائر

- الملخص:

لقد منح الله تعالى للقاصر حقوقا جمة ترتبت عليها أحكام خاصة لضمان صيانته، فكانت صفحة ناصعة مما جعل القانون الوضعي ينهل منها ويسير في ظلها، ومن هذه الأحكام: وجوب اكتسابه نسب أبيه أو أمه، وكفالته والنفقة عليه وحضانته والولاية عليه وعلى ماله، وكل هذا في نظام بديع من الأحكام الجزئية التفصيلية تكليفا ووضعا.

Résumé :

Le Dieu a offri au mineur plusieurs droits, ces derniers ont nécessité la création de plusieurs textes et lois spécifiques, pour préserver ces droits.

Le droit a benefecié de ces textes juridiques.

Parmi ses lois on trouve l'obligation d'écrire sa tutelle , sa filiation , sa prise en charge …, et tous ce la dans un système de différents lois, détailles et clairs, pour la protection sociale du mineur.

مقدمة :

مما لا شك فيه أن الله تعالى قد أنشأ الإنسان في هذه الأرض واستعمره فيها، إذ قال: ﴿ هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا ﴾ [هود: 61]، وجعل تناسله الطريقة المثلى والوحيدة لضمان استمرار نوعه فيها، فكانت المحافظة عليه ضرورة من الضروريات الخمس التي ضمن الله تعالى بها استمرار الحياة على الأرض واستمرار استعمارها، وتحقق الاستخلاف في قوله: ﴿ إِني جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ [البقرة: 30].

ومما لا شك فيه أن الله تعالى قد خلق الإنسان ضعيفا وجعله أضعف ما يكون وهو في فترة صباه وطفولته، ولهذا فقد وصف بأنه قصير، ومجموعه قصر، فاحتاج إلى من يرعاه ويربيه، فكان الأول إلى هذه المهمة: الله تعالى الذي خلقه، إذ جعل له حقوقا وهبه إياها وقابلها بواجبات على المجموعة التي يعيش معها هذا القاصر، سواء أكانت أفراد عائلته أم سائر المجموعة أو الدولة التي ينتمي إليها، أم الإنسانية التي هو جزء منها.

ـ فما هذه الحقوق التي وهبه الله إياها؟، وما هذه الأحكام المترتبة على الجماعات والأفراد الذين كلفهم الله تعالى بحماية هذا القاصر في الشريعة الإسلامية أولا ثم في القانون ثانيا ؟ وما هي العلاقة بين هذه الأحكام في المنظور الشرعي الإسلامي والمنظور القانوني الوضعي؟ وما هي وجوه الاتفاق ووجوه الاختلاف بين الشريعة والقانون فيها ؟. وللإجابة على هذه الأسئلة وغيرها فقد قسمت الموضوع خمسة فصول، وكل فصل إلى مباحث وكل مبحث إلى مطالب حسب الخطة المنجزة التالية، مع الإشارة إلى أن الدراسة والمقارنة قد أجريتهما بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الوضعي الجزائري، ثم أبرزت في الفصل الخامس مكانة اتفاقية حقوق الطفل العالمية في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول : حق القاصر في النسب

المبحث الأول : ثبوت النسب للقاصر

إن من أهم الحقوق التي منحها الله تعالى للقاصر ولأبويه وللمجتمع أن ثبّت نسبه لأبيه فقال: ﴿أُدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ الله، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب:5]. وقال ﷺ : « الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجْرُ »[1]، ومعنى الفراش في الحديث الزوجة، إذ أطلق فراش الزوجية عليها، ولما كان الأصل في القاصر الحفاظ عليه فقد أثبت الله له نسبه باليقين وبالشك حيث يثبت بالنكاح الصحيح الذي يفيد اليقين في ثبوت نسبه وبالنكاح الفاسد المختلف في فساده والذي يفيد الظن في ثبوت النسب به والعلة في هذا الأخير: حفظ نسب

القاصر لأنه الأصلح له، وقد جعل الله تعالى لثبوت نسب القاصر طريقين نجملهما فيما يلي:

المطلب الأول : النكاح الصحيح وهو أسلم طريق وأقواها حيث قال النبي ﷺ : «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»، وشدد كثيرا على منع التلاعب بالإنسان كأن تدخل امرأة طفلا وتنسبه لغير أبيه أو لغير أمه، وكذا رفض الأب نسب ابنه وهو يعلم ذلك، حيث قال النبي ﷺ : « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليس من الله في شيء، ولن يدخلها الله الجنة، و أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»[2] .

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري لقانون الأسرة في المادة (40) منه حيث جاء في نصها: « يثبت النسب بالزواج الصحيح ...» [3]

كما منع الله تعالى أن ينسب الولد لغير أبيه حيث قال مبطلا عادة التبني عند العرب قديما: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللهُ يَقُولُ الحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ [الأحزاب:4]، وهذا الذي أخذ به المشرع الجزائري كذلك في قانون الأسرة، إذ جاء في المادة (46) منه: « يمنع التبني شرعا وقانونا»[4].

المطلب الثاني : النكاح الفاسد وما فيه شبهة: فإذا كان النكاح فاسدا ومختلفا في فساده بين العلماء فإنه يثبت به نسب الولد منعا لضياعه وتحقيقا لمصالحه، إذ ما أعظم وأشنع ضياع نسب المرء، وما أعظم وأحسن مصالحه في إثبات نسبه، ومثل هذه الأنكحة الفاسدة التي يثبت بها النسب: نكاح الشغار ونكاح المرأة في عدتها، ونكاح المحرم بحج أو عمرة، وكما إذا تزوج أخته أو إحدى محارمه يظنها أجنبية، فالعقد يفسخ في كل هذا ويثبت به النسب، وهذا الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث جاء في المادة (40) منه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح و... وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد(32، 33، 34) من هذا القانون »[5] علما أن المادة (33) منه تنص على نكاح الشغار فسخا وإثباتا هكذا: « إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق: يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من

ركن واحد» [6]، كما نصت المادة (34) منه على ثبوت النسب بالنكاح بالمحرمات بشبهة إذ جاء نصها: « كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب »[7].

المطلب الثالث : الوطء بشبهة من غير نكاح: كأن يطأ امرأة في ظلام يظنها زوجته فأنجبت منه، فإن القاصر ينسب إليه حفاظا عليه وعلى مصالحه، ويدرأ عنها العذاب بقول علي ﷺ موقوفا: « ادرؤوا الحدود بالشبهات »[8] ولئن أُدرئ الحد بالشبهة فلأَن يُدرأ نفي نسب القاصر هذا من باب أولى لما في نفي نسبه من عظيم الفساد، ولما في تثبيت نسبه من عظيم المصالح له ولغيره من المسلمين الذين حوله.

انتساب ولد الزنا: إن من فرط حفظ نسب القاصر أن نسبه الله تعالى إلى أمه، كما جاء في حديث سهل بن سعد الساعدي: « أن عويمر العجلاني قال: يا رسول الله، رجل وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يصنع؟ فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله القرآن فيك وفي صاحبتك». فأمرهما رسول الله ﷺ بالملاعنة بما سمى الله تعالى في كتابه فلاعنها، ثم قال: يا رسول الله إن حبستها فقد ظلمتها، فطلقها، فكانت سنة لمن كان بعدهما في المتلاعنين، ثم قال رسول الله ﷺ : « انظروا فإن جاءت به أسحم أدعج العينين عظيم الإليتين خَدَلَّجَ الساقين: فلا أحسب عويمرا إلا قد صدق عليها، وإن جاءت به أحيمر كأنه وحرة: فلا أحسب عويمرا إلا قد كذب عليها، فجاءت به على النعت الذي نعت به رسول الله من تصديق عويمر، فكان بعدُ ينسب إلى أمه»[9].

المطلب الرابع : إهمال المشرع الجزائري لنسب ولد الزنا: وأسجل هنا ملاحظة على المشرع الجزائري لقانون الأسرة كيف أهمل نسب ولد الزنا فلم ينسبه لأي واحد آخر، فأهمل بذلك مصالح هذا القاصر الذي لا حول له ولا قوة وليس له أي جريرة مما وقع فيه والداه، وكان الأجدر به أن ينسبه إلى أمه كما نسبه الله تعالى حيث القاعدة الفقهية تنصّ على تحمل أخف الأضرار، فلئن أصيب هذا القاصر بمضرة كبرى يفقد نسبه من أبيه فلأن ينسب لأمه أهون من أن لا ينسب لا لها ولا له.

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب :

إن لإثبات نسب القاصر أهمية كبرى في حياته وحياة المجتمع، ولذلك فقد أولاه الله تبارك وتعالى عناية خاصة فأثبته بعدة طرق:

المطلب الأول : الفراش : لقوله ﷺ: « الولد للفراش، وللعاهر الحجر »[10]، ولا يثبت النسب بالفراش إلا إذا ولد الجنين فيما بين أقل مدة الحمل وأكثره. وأن يمكن هذا الحمل، وأن يتلاقى الزوجان.

أ ـ أقل مدة الحمل: وهي ستة أشهر بلا خلاف بين الفقهاء وذلك جمعا لقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَاناً حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف:15]. ولقوله: ﴿ وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان:14] حيث لما طرحت فترة الفصال أو الفطام من فترة الحمل والفصال معا كان الناتج 30 شهراً ـ 24 شهراً= 06 أشهر.

وهذا هو الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، حيث نص في المادة (42) منه على: «أقل مدة الحمل ستة أشهر»[11].

ب ـ أقصى مدة الحمل: لم يرد في تحديدها أي نص شرعي لا من الكتاب ولا من السنة فأدى هذا إلى الاختلاف الكبير بين الفقهاء ومذاهبهم:

ـ فقال ابن حزم الأندلسي إن مدة الحمل لا تزيد على تسعة أشهر لغلبة العادة في ذلك.

ـ وقال ابن عبد الحكم من المالكية بعدم زيادتها على سنة قمرية، حيث غلبت العادة على تسعة أشهر، ويحتاط فيه بثلاثة أشهر وهو ثلث مدة الحمل العادي.

ـ وقال بقية المالكية بخمس سنوات: اعتمادا على قول النساء، وقالت أربع سنوات لنفس قول النساء ووافقهم في ذلك الشافعية.

ـ وقالت الحنفية سنتان اعتمادا على ما قالت عائشة رضي الله عنها ـ إن صح ذلك ـ : « لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل ».

ـ وقال المشرع الجزائري اليوم: «لا تزيد على عشرة أشهر اعتمادا على التقارير الطبية وكل ذلك اعتمادا على قاعدة: ما ليس فيه نص شرعي رجع فيه إلى العرف

والعادة وإلى أهل الخبرة، قال تعالى: ﴿ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل:43] ، حيث نصت المادة (42) من قانون الأسرة الجزائري على : « أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر»[12]، كما نصت المادة (43) منه على ثبوت النسب في حالة الفصال بالطلاق أو الموت إذ نصها: « ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»[13].

ج ـ أما شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها فصيانة لحق الأب وحق الابن والمجتمع، فإذا كان الزوج صبيا لا يتأتى منه الجماع وادّعت زوجته أن هذا الصبي منه : ردّ قولها ولم يقبل نسبه إلى هذا الزوج الصغير لعدم إمكان الحمل منه.

د ـ أما إمكان التلاقي بين الزوجين عادة فلنفس العلة السابقة إذ العقل يرفض حمل من كانت في مكان يستحيل أن تصل إلى زوجها أو يصل هو إليها أبدا لعدم إمكان الجماع بينهما.

المطلب الثاني : الإقرار بالنسب :

وهو على نوعين : إقرار مباشر وإقرار غير مباشر.

ـ الإقرار المباشر :

أ ـ إقرار الشخص بالنسب على نفسه: وهو أن يقر الأب بنسب ابنه أو يقرّ الابن بنسب أبيه أو بنسب أمه كأن يقول شخص: هذا ابني، أو يقول هذا أبي، أو يقول: هذه أمي، فإذا توفرت شروط الإقرار المعروفة في القضاء ثبت النسب على نفسه للمقرّ له، وهذا هو الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري حيث نصت المادة (44) منه على: « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة » [14].

ـ شروط الإقرار بالبنوة:

1 ـ أن يكون المقرّ له مجهول النسب، وذلك حتى يمكن ثبوت بنوته للمقرّ، فإذا كان المقرّ له معروف النسب من غيره لم يصح الإقرار لعدم إمكان ثبوت أبوين لشخص واحد من الصلب.

وهذا الشرط قد نصت عليه المادة (44) من قانون الأسرة الجزائري بـ: « يثبت النسب بالإقرار... لمجهول النسب »[15].

2 ـ أن يكون المقر مما يولد له مثل المقرُّ له، فإذا أقرّ على شخص أكبر منه سنا بأنه ابنه كان إقرارا باطلا، وهذا الشرط قد نصت عليه المادة (44) من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر هكذا: « يثبت النسب بالإقرار... لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة ».

3 ـ أن يصدق المقر له المقرّ في هذا الإقرار.

4 ـ ألا يصرح بأنه ابنه من الزنا، لعدم صحة نسب ولد الزنا لأبيه لقوله ﷺ: « الولد للفراش وللعاهر الحجر » السابق الذكر، أي أن العاهر لا ينسب له الولد بقوله « وللعاهر الحجر » كما تقول العرب: « لفلان التراب » عندما تريد نفي الشيء المصرح به عنه.

ب ـ الإقرار بالبنوة أو بالأمومة، كأن يقول هذا أبي أو هذه أمي. ويشترط فيه:

1 ـ أن يكون المقرّ مجهول الأب أو مجهول الأم حتى يمكن الانتساب له، وهذا الشرط قد أخذ به المشرع الجزائري في المادة (44) السابقة الذكر كما رأينا.

2 ـ أن يولد مثله لمثل المقرّ له منهما حتى يمكن الانتساب، فإذا قال هذا أبي لرجل أصغر منه سنا لم يقبل منه ذلك لعدم إمكان ذلك، وكذا إذا قال هذه أمي لأصغر منه سنا، وهذا الشرط قد أخذ به المشرع الجزائري في المادة(44) السابقة الذكر كما رأينا.

3 ـ أن يصدقه المقر له مطلقا لأنه لا يكون إلا كبيرا أو كبيرة وهو الأب أو الأم.

4 ـ أن لا يقرّ بأن هذا أباه من الزنا لعدم ثبوت النسب به لقوله ﷺ: « وللعاهر الحجر » السابق الذكر، أما إذا أقر أن هذه أمه من الزنا وصدقته وأمكن الحمل به فقد ثبت نسبه منها، وذلك لثبوت ولد الزنا لأمه وعدم إهماله منها.

ـ الإقرار غير المباشر: وهو الإقرار بالنسب على الغير وليس على النفس. ويكون بالإقرار بالحواشي وليس بالصلب كأن يقول هذا أخي، أي إن أباه أبي ولا يثبت نسب بهذا الإقرار لعدم تعدي الإقرار إلى غيره اللهم إلا إذا صدقه المقرّ عليه، كأن

يقول هذا أخي فيصدقه الأب ويقول نعم أي أن هذا ابني. وهذا الذي قد نصت عليه المادة (45) من قانون الأسرة الجزائري: «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة: لا يصدق على غير المقر، إلا بتصديقه»[16].

المطلب الثالث : إثبات النسب بالبينة: وهي أن يشهد رجلان عدلان على النسب، كأن يشهدا على البنوة أو الأبوة أو الأخوة لقوله ﷺ : « البينة على المدعي »[17]، وهذا الذي قد أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة (40) منه حيث نص على: « يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بالدخول طبقا للمواد (32، 33، 34) من هذا القانون ».

ـ تقديم إثبات النسب بالبينة على إثباته بالإقرار: وإثبات النسب بالبينة مقدم على إثباته بالإقرار لأن البينة أقوى من الإقرار إذ هي متعدية إلى الغير، بخلاف الإقرار فإنه قاصر على المقر فقط.

المطلب الرابع : نفي النسب :

أ ـ نفيه باللعان: إذا ثبت نسب القاصر بالزواج مع توفر شروطه: فلا يجوز نفيه، إلا باللعان المعروف بأن يشهد المدعي أربع شهادات بالله أنه ليس ابنه ويقول في الخامسة: أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، فإن نكلت: ثبت في حقها الزنا، وإن شهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين وتقول في الخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين، أُدرئ عنها الحد ولم يثبت عليها الزنا، وفرق بينهما بتاتا ولا يلحق نسب الولد بالزوج ولحق بها كما في قصة عويمر العجلاني السابقة الذكر، ولقد أهمل المشرع الجزائري موضوع اللعان في قانون الأسرة في فصل النسب ولم يشر إليه إلا في مادة واحدة في كتاب الميراث في المادة (138) حيث نصت على: « يمنع من الإرث اللعان والردة » وكأنه لم يعبأ بهذا الموضوع إلا في مجال التركة فحسب مع أنه طريق أساسي في نفي النسب في الفقه الإسلامي.

ب ـ نفيه بغير اللعان: وإذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه كما ذكرناها سابقا في طرق إثبات النسب فإنه لا يثبت أبدا ويكون منفيا تلقائيا.

المبحث الثالث: إثبات نسب اللقيط ومنع التبني

المطلب الأول : إثبات نسب اللقيط: لا يثبت نسب اللقيط لواحد إلا إذا ادعاه الرجل وجاء ببينة على ما ادعاه، بخلاف ما إذا ادعى الرجل نسب غير اللقيط له فإنه يثبت بدون بينة، وعدم إثبات النسب للقيط هو الذي ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري حيث جاء خاليا من إثبات نسبه لأي واحد، إلا أن قانون الحالة المدنية قد نص على ضمان حقوقه على ملتقطه وعلى الدولة بأن يسجل في عقد ويرعى في دار الأيتام والمعوزين لكن بدون عقد ميلاد، فإذا ما ظهر نسبه بعد: ألحق بالذي ادعاه وأثبت ذلك، ونص المادة (67) منه عليه كما يلي[18]: « يتعين على شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة في التكفل بالطفل: يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه، ويحرر محضر مفصل يبين فيه فضلا عن المعلومات المنصوص عليها في المادة (30) من هذا الأمر: تاريخ وساعة ومكان وظروف التقاط الطفل والسن الظاهر وجنس الطفل وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته وكذا السلطة أو الشخص الذي عهد به إليه، ويسجل المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية.

ويعد ضابط الحالة المدنية بعد هذا المحضر عقدا منفصلا يكون بمثابة عقد الميلاد، ويذكر في العقد بالإضافة إلى البيانات المنصوص عليها في المادة (30) من هذا الأمر جنس الطفل وكذا الأسماء واللقب المعطاة له، كما يحدد فيه تاريخ ميلاد يطابق سنه الظاهري، وتعين البلدية التي وجد فيها الطفل مكانا لولادته.

كما يجب إعداد عقد مماثل بناء على تصريحات مصالح الإسعاف العمومي بالنسبة للأطفال الموضوعين تحت وصايتها والمجردين من عقد ميلاد أو الذين تفرض عليهم سرية ولادتهم.

تسلم نسخ وملخصات عن محاضر الالتقاط أو العقد المؤقت للميلاد ضمن الشروط وحسب التوضيحات المذكورة في المادة (65) من هذا الأمر.

يبطل المحضر وعقد الميلاد المؤقت إذا عثر على عقد ميلاد الطفل، أو إذا صرح بالولادة شرعا بناء على عريضة وكيل الدولة أو الأطراف المعنيين ».

المطلب الثاني : منع التبني: التبني هو أن يجعل الرجل ابن غيره ابنا له وينسبه إليه، سواء أكان معروف النسب أم غير معروف ثم ينشأ عنه كل الحقوق التي للأبناء على آبائهم وكل الحقوق التي للآباء على أبنائهم وغيرها من الحقوق كالحق في النسب، ولقد كانت هذه العادة منتشرة في المجتمع العربي في الجاهلية ثم أبطلها الله تعالى بقوله: ﴿ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنَدَ الله فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب:05]، وبقوله ﷺ: « الولد للفراش »[19] حيث قصر نسب الولد على الفراش فقط ومنع أي نسب من غيره، وهذا هو الذي أثبته المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة (46) منه التي نصها: « يمنع التبني شرعا وقانونا »[20].

المبحث الرابع : كفالة القصر.

المطلب الأول: محفزات لتحقيق كفالة القصر

إذا كان الله تعالى قد منع التبني وإلحاق النسب بغير الأب الأصلي من أجل حفظ الأبناء في أنفسهم وأموالهم كما يحفظ أبناء الصلب وأموالهم، فقد فتح بابا واسعا أمام القصر لضمان حقوقهم على المجتمع حيث أباح نظام الكفالة بقوله في آخر آية منع التبني السابقة الذكر: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾، وبقوله: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ [البقرة:220]، وبقوله: ﴿قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة:222]، فإذا كانوا إخوانا لنا وموالينا كان الأجدر بنا كفالتهم بأن نرعاهم في أسمائهم وفي تربيتهم وحضانتهم وفي النفقة عليهم والولاية عليهم حفظا لهم في أنفسهم وأموالهم، ورتب على ذلك للكفيل أجرا عظيما في الدنيا والآخرة، حيث قال ﷺ: « أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بأصبعيه السبابة والوسطى »[21]، وطمأن الله تعالى كافل القاصر اليتيم إذا كان مخالطا له قائلا: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالمعْرُوفِ﴾ [النساء:6]، وقال ﷺ لمن سأله عن الأكل من مال مكفوله: « كل من مال يتيمك غير مسرف ولا

مباذر ولا متأثل »[22]، والمتأثل هو المدخر، وقال عمر بن الخطاب ﷺ حاثا كافلي الأيتام على إصلاح أموالهم بالتجارة: «اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة »[23]. وإذا كان اليتيم مخالطا، أي يعيش مع أعيال الكافل وكان يصرف معه الكافل ويأكل بالمعروف من ماله فإنه مصدق فيما يقوله عند محاسبة القاضي له على ما صرف وترك بشرط أن يكون ما ادعاه يشبه حاله عرف في النفقة لأن مطالبته بتسجيل النفقة في كل مرة فيها كلفة ومشقة[24].

وعلى هذا نصت المادة (116) من قانون الأسرة الجزائري: «الكفالة: التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية كقيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي »، واشترط المشرع الجزائري في الكفيل شروطا تضمن مصلحة الكفيل مستقاة مما ذكرنا سابقا، إذ نص في المادة (118): « يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول، وقادرا على رعايته »، وأعطاه السلطة على إدارة أموال اليتيم حفاظا عليها إذ نص في المادة (122) على: « يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول »، بل أعطاه الحق في أن يتبرع بجزء معتبر من أمواله لصالحه إذ نصت المادة (123) على: « يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث، إلا إذا أجازه الورثة ».

المطلب الثاني : التحذير من تضييع المكفول أو تضييع ماله: وإلى جانب هذا الإغراء في كفالة اليتيم وصيانة ماله والتسهيل له بكل أنواع الإغراء فقد حذر الله تعالى الكافل أن يسرف في الأكل أو أن يأكل بغير حق قائلا: ﴿وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء:6] وقائلا: ﴿إِنَّ الذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء:10]، بل إن الكافل إذا لم يكن مخالطا للمكفول فإن عليه أن يسجل كل ما ينفقه من مال اليتيم على اليتيم ويحاسب عليه في كل مرة، وذلك حفاظا على مصالح المكفول وصيانة لها[25].

المطلب الثالث : تسليم مال المكفول له إذا رشد: فإذا بلغ المكفول رشده واشتد ساعده سلمت له أمواله بعد الإشهاد على ذلك حفاظا على ماله وعلى مال الكافل، حيث قال تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللهِ حَسِيباً﴾ [النساء:6] ، ومعناه: اشهدوا عليهم حتى لا تغرموا لأن القضاء يكون لصالحهم وليس لصالحكم عند التنازع.

وإلى هذه الكفالة الشرعية ذهب المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري منظما لها بمواد من رقم (116) إلى رقم (125) هكذا:

المادة 119: الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب.

المادة 120: يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب: تطبق عليه المادة (64) من قانون الحالة المدنية [وفي نص هذه المادة حول هذه النقطة بالذات: ... يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي].

المادة 121: تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي.

المادة 124: إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما: يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا لم يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.

المادة 125: التخلي عن الكفالة يتم عن الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.

الفصل الثاني: حق القاصر في النفقة

المبحث الأول: نفقة الأصول على الفروع:

المطلب الأول : تعريف النفقة وشروطها:

أ ـ تعريفها: هي ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وكسوة وسكنى وخدمة، وكل ما يلزم بحسب العرف.[26]

والنفقة للأولاد واجبة على أبيهم ذكورا كانوا أو إناثا[27] لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:238] ولقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:6] فإذا كانت النفقة واجبة على الأب لزوجته المطلقة من أجل ولده فهي واجبة عليه على أولاده من باب أولى، ومن السنة قوله ﷺ لهند بنت عتبة لما اشتكت له بخل أبي سفيان ـ زوجها ـ عليها وعلى أولادها قال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » [28].

ب ـ شروط النفقة للقاصر: ولا تجب النفقة على الأب لولده إلا إذا تحققت الشروط التالية:

1 ـ أن يكون الأب موسرا، له ما يكفيه لنفسه ولزوجته لقوله ﷺ: « ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فَضَلَ شيء فلأهلك، فإن فَضَلَ عن أهلك شيء فلذي قرابتك » [29]. ولما كان الابن هو أقرب الأقربين للأب كانت النفقة له بعد الزوجة[30].

ولهذا ذهب المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة (75): « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولة للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب» [31].

2 ـ أن يكون الولد فقيرا لا مال له، فإن كان غنيا فهو ليس بحاجة إلى المواساة التي هي علة النفقة على الأقارب، ولأن الأصل في النفقة أنها واجبة على نفسه[32].

وعلى هذا جاء في المادة (75) من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال... »، أي فإن كان للولد مال فليست واجبة على الأب إنما هي واجبة له في ماله.

3 ـ أن يكون الولد ليس قادرا على الكسب، فإن كان قادرا عليه فلا نفقة له لعدم وجود علتها وهي الاحتياج إلى المواساة، وهو الذي جاء في المادة (75) من قانون الأسرة الجزائري: « تجب نفقة الولد على الأب... وتسقط بالاستغناء عنها»، أي إن استغنى الولد عنها أصبحت غير واجبة على الأب.

المطلب الثاني : مدة النفقة:

أ ـ مدة النفقة على الذكور: والذكر تستمر له النفقة على أبيه إلى حين البلوغ، فإن بلغ سقطت نفقته لقدرته على التكسب إلا أن يبلغ مريضا عاجزا عن التكسب، أو بلغ وهو طالب للعلم مجدّ به مانع له عن التكسب لقوله ﷺ : « طلب العلم فريضة على كل مسلم »[33]، فإن كان العلم لا يمنع عن التكسب سقطت عن والده النفقة، وكذا إذا عجز الأب عنها انتقلت إلى الدولة وذلك حتى يتم تقوية الأمة بالعلم وهو مبدأ الغرم بالغنم.

ب ـ مدة النفقة على الإناث: أما الأنثى فتستمر النفقة على أبيها لحين دخولها لبيت الزوجية لوجود علة النفقة وهي المواساة لعدم استطاعتها على الكسب مع فقرها، ولأن نفقتها تصير واجبة على زوجها.[34]

المبحث الثاني: من تجب عليهم النفقة:

1 ـ قالت المالكية: النفقة واجبة على الأب فقط لأبنائه، دون غيره من الأقارب ودون الأم، واستدلوا على ذلك بما ذكرنا من الأدلة، قوله تعالى:﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة:233]، وقوله: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق:6]، وبقوله ﷺ لهند بنت عتبة: « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[35].

2 ـ وقالت الشافعية: إن النفقة واجبة على الأب لأبنائه ولأبناء أبنائه وإن سفلوا، لأن ابن الابن هو ابن، واستدلوا على قولهم هذا بالآيتين السابقتي الذكر وبالحديث السابق الذكر كذلك، فهم قد زادوا على المالكية ولد الولد وإن سفل (36).

3 ـ وقالت الحنفية: إن النفقة واجبة على كل قاصر محرم على محرمه، مستدلين على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا الله وَلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَبِذِي القُرْبَى﴾ [النساء:36] وبقوله: ﴿وَآتِ ذَا القُرْبَى حَقَّهُ﴾(37).

4 ـ وقالت الحنابلة: إن النفقة واجبة على كل وارث من القاصر أو القاصر وارث منه بدليل قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (38).

وهذا الذي أخذ به المشرع الجزائري متوقفا عند الأم فقط حيث كانت وارثة، فقال في المادة (76) من قانون الأسرة: « في حالة عجز الأب: تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك » (39). وقال في المادة (77) منه: « تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث »(40).

فمن أقوال المذاهب الأربعة هذه يتضح لنا أن أضيق مذهب في النفقة على القصر هو المذهب المالكي، وأوسعهم هو الحنبلي، فإذا راعينا مصلحة القصّر وقدمناها على غيرها أخذنا بالمذهب الحنبلي. وإذا راعينا مصلحة الأب وقدمناها على غيرها أخذنا بالمذهب المالكي.

المبحث الثالث: أنواع النفقة على القصر:

نفقة الولي على القاصر مقيدة بالكفاية بالمعروف نوعا وكيفا وكما، لقوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مما آتاهُ الله لا يُكَلِّفُ الله نَفْسًا إِلا وُسْعَهَا﴾[الطلاق:7]، ولقوله ﷺ لهند بنت عتبة زوج أبي سفيان لما اشتكت إليه بخل زوجها وأنه لا يعطيها ما يكفيها من النفقة وولدها: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»(41)، وهذا سواء أكانت النفقة على الولي للقاصر أو كانت في مال القاصر والولي هو المشرف عليها فيها للقاصر، فتشمل إذا ما يحتاجه القاصر حسب

القاصر حسب الكفاية عرفا كما وكيفا وحسب المكان والزمان، وحسب طبقة المنفق والمنفق عليه في المجتمع، ويأتي على رأس هذه النفقات الطعام والشراب والغذاء، واللباس والكسوة، والمسكن الصالح أو أجرته، والعلاج، وسائر الضروريات والحاجيات والتحسينيات التي لابد منها حسب العرف، وهذا ما نصت عليه المادة (78) من قانون الأسرة الجزائري: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والمسكن أو أجرتهن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

الفصل الثالث: حق القاصر في الحضانة

المبحث الأول: الحضانة وأحكامها

المطلب الأول : تعريف الحضانة: أ ـ تعريفها في اللغة: هي من الحِضنِ، وهو الجزء من الصدر إلى أسفل الضلوع، لأن الحاضنة تضم المحضون إلى صدرها[42].

ب ـ تعريفها في الشرع: هي القيام على تربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ممن له حق تربيته شرعا.[43]

وعرفها الشيخ صادق الغرياني بقوله: « هي حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه في تأديبه وتربيته وطعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه».[44]

وقريبا من هذا التعريف جاءت به المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك »[45]

المطلب الثاني : حكمها : هي واجبة لقوله تعالى على لسان أخت موسى عليه السلام: ﴿هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ فَرَدَدْنَاهُ إِلَى أُمِّهِ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلا تَحْزَنْ﴾ [القصص:11-12] ولقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة:231]، ولقوله تعالى: ﴿وَكَفَلَهَا زَكَرِيَا﴾ [آل عمران:37]، ولحديث عبد الله بن عمرو بن العاص: أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله : إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له

سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي »[46].

ولحديث أبي أيوب الأنصاري ﷺ فيه: أن رسول الله ﷺ قال: « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة »[47]، وقال ﷺ: « لا تولّه والدة عن ولدها »[48]، ومعنى الوله: ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد والحزن[49] ونص ابن رشد والمتيطي الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار. [50]

حق الحضانة:

والحضانة هي حق للحاضن بدليل جواز إسقاطها عنه، وهي كذلك حق للمحضون بدليل ضعفه واحتياجه إلى من يحضنه. [51]

على من تجب حضانة القاصر:

الحضانة واجبة على الأب لابنه القاصر لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة:238] فإن لم يكن له أب فهي واجبة في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فإنها واجبة على أمه في حولي الرضاع، وكذا إن كان فقيرا ولا يقبل ثدي غيرها لقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة:233]. وإذا كان القاصر يتيما ولا مال له ولا كفيل تعينت حضانته على بيت مال المسلمين. [52]

المبحث الثاني: شروط الحاضن ذكرا كان أم أنثى:

الأصل في الحضانة مصلحة القاصر المحضون.

1 ـ العقل لعدم إدراكه وعدم تكليف غير العاقل قال ﷺ: « رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل وعن الصبي حتى يحتلم »[53].

2 ـ القدرة على الحضانة حتى تتحقق رعاية المحضون وتربيته لقوله تعالى: ﴿ لا يُكَلِّفُ الله نَفْسًا إِلا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة:286]، إلا إذا كان للحاضن من يقوم له برعاية المحضون.

3 ـ أمانة المكان الذي يحضن فيه الصبي (المحضون) حتى يتحقق معنى الرعاية والتربية.

4 ـ أمانة الحاضن حتى تتحقق معنى الرعاية والتربية.

5 ـ خلو الحاضن من الأمراض المعدية الخطيرة حتى تتحقق الرعاية الصحية للمحضون.

6 ـ حسن التدبير في المال وصونه حتى يتحقق صون مال المحضون وصرفه فيما ينفعه.

7 ـ قرب ولي المحضون من مكان الحضانة حتى يتمكن من الإشراف عليه تربية ورعاية.

وهذه الشروط هي التي راعاها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة (62) منه: «ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ».

8 ـ ويضاف إلى هذه الشروط إذا ما كان الحاضن ذكرا:

أ ـ أن يكون عنده من يتولى الحضانة من النساء لأنهن الأمكن لها.

ب ـ أن يكون الحاضن محرما للمحضونة إذا كان المحضون أنثى كبيرة تشتهى حفظا لها وصيانة.

ويضاف للشروط السابقة إذا ما كان الحاضن أنثى:

أ ـ أن تكون ذات رحم للمحضون لأن الرحم هو مصدر العطف والحنان.

ب ـ أن تكون محرما للمحضون لنفس العلة السابقة.

ج ـ أن لا تسكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها، وذلك حتى لا تسقط حضانتها هي بدورها، فإذا كانت الحضانة للجدة من الأم المتزوجة فلا تسكن أم المحضون مع جدته لأنها إذا سكنت معها سقطت الحضانة عن الجدة.

وهذا الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة (70) من قانون الأسرة الجزائري: « تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم »[54]

د ـ خلو المرأة عن زوج، لقوله ﷺ: « أنت أحق به ما لم تنكحي ».

وهذا الذي ذهبت إليه المادة (66) من قانون الأسرة الجزائري: « يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون »[(55)].

عدم اشتراط الإسلام في الحاضن: الأصل في الحضانة مصلحة القاصر المحضون.

وعلى هذا فلا يشترط من الحاضن الإسلام لحديث رافع بن سنان: أنه قد أسلم وأبت زوجته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ، وقالت: ابنتي وهي فطيمة، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي ﷺ: « اقعد ناحية، وقال لها اقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما. ثم قال ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي: اللهم اهدها، فمالت الصبية إلى أبيها، فأخذها» [(56)]، ففي تخيير النبي ﷺ للبنت بين أبويها دليل على جواز أن تكون الحضانة لأمها المشركة وهو دليل على عدم اشتراط الإسلام في الحاضن، وإذا كانت هذه المرأة مشركة فلأن تكون الأم كتابية من باب أولى في عدم اشتراط الإسلام عليها، فإن صارت الحضانة لغير المسلم فصار يلقنه غير الإسلام ويخاف عليه أن يطعمه الحرام ويسيء في تربيته: وَضَع له مراقبا مسلما يمنعه ذلك وبقي المحضون معه.

وقيل باشتراط الإسلام في الحاضن وهو قول الحنابلة وقد قاسوا الحضانة على الولاية، وحيث لا ولاية للكافر على المسلم فكذلك هنا.

المبحث الثالث: مدة الحضانة والحق فيها:

المطلب الأول: مدة الحضانة: الأصل في المحضون الاحتياج إلى الحضانة وعلى هذا فتبدأ الحضانة بمجرد الولادة لحاجة الصبي إلى ذلك، وعلى هذا كل المذاهب واختلفوا في نهاية فترة الحضانة كما يلي:

1 ـ قالت المالكية باستمرارها إلى البلوغ عند الذكر وإلى دخول بيت الزوجية عند الأنثى[(57)] ودليلهم في ذلك القياس، حيث قاسوا الحضانة على النفقة وعلة القياس حاجة الصبي إلى ذلك في كليهما.

وهذا القول هو الذي اقترب إليه أكثر المشرع الجزائري في المادة (65) من قانون الأسرة: « تنتهي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهائها، مصلحة المحضون».

2 ـ وقالت الحنفية تنتهي حضانة الذكر ببلوغه سن السابعة لاستقلال الصبي عن خدمة النساء في هذه السن غالبا، أما الأنثى فتستمر حضانتها إلى سن التاسعة لنفس العلة وهي استقلالها عن خدمة النساء في هذه السن[58].

3 ـ وقالت الشافعية: أن الحضانة تنتهي ببلوغ الصبي والصبية سن السابعة وقيل ثمان سنوات[59].

4 ـ وقالت الحنابلة ببلوغ المحضون سن السابعة. [60]

شروط المحضون: المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه وهو الطفل والمجنون وناقص العقل كالمعتوه. [61]

وهذا الذي راعته المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري إذ نصها: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك » .

المطلب الثاني : سقوط الحق في الحضانة وعودته لصاحبه:

أ ـ سقوط الحق فيه: الحضانة هي حق للحاضن كما ذكرنا سابقا فإذا أسقطها بحريته واختياره لم ترجع إليه. وهذا سواء أكان المسقط أما أم أبا.

وهذا ما نصت عليه المادة (66) من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر: «يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون».

ب ـ عودة الحق في الحضانة: إذا أُسقطت الحضانة عن الحاضن سقوط اضطرار عادت إليه بمجرد زوال حالة الاضطرار لأن هذا هو حال الحقوق، إن سقطت اضطرارا عادت، وإن سقطت اختيارا لم تعد. [62]

وهذا الذي أخذت به المادة (71) من قانون الأسرة الجزائري إذ نصت على : يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري»[63].

المبحث الرابع : مكان حضانة القاصر وتخييره

المطلب الأول: تخيير الصبي بانتهاء مدة حضانته عند من يقيم

الأصل في الحضانة : مصلحة المحضون، فلما اختلف الناس في هذه المصلحة في تخييره إذا انتهت مدتها اختلفوا في أحكام هذا التخيير:

1 ـ قالت المالكية بانتهاء الحضانة بالبلوغ، فإذا صار بالغا اختار بنفسه عند من يقيم إن احتاج إلى ذلك ورغب فيه، فإن لم يحتج إليه ولم يرغب فيه استقل بمكان يقيم فيه، أما إذا كانت أنثى فإنها تبقى عند الحاضن إلى حين الدخول إلى بيت الزوجية وليس لها أن تستقل عن الحاضن قبل ولا أن تختار عند من تقيم، فليس للصبي أن يخير قبل البلوغ أو قبل الدخول إلى البيت الزوجية لعدم التمييز في الأصلح له فقد يختار من لا يحسن تربيته وتوجيهه.

2 ـ أما غير المالكية الذين قالوا بانتهاء فترة الحضانة بسبع للذكر وتسع للأنثى وهم الحنفية فقالوا يقيم عند أبيه بشرط أن يستقل بنفسه في أكله وشربه واستنجائه... [64]، وبسبع أو ثمان وهو قول الشافعية، وبسبع فقط وهم الحنابلة فقد وقعوا في مسألة: أين يقيم الصبي إذا انتهت مدة حضانته ولم يبلغ ولم يرشد بعد؟ ولم تدخل بيت الزوجية.

وعندها قالوا بوجوب تخيير الصبي بين أبيه وأمه عند من يكون؟ فإن اختار أباه كان معه وإن اختار أمه كان معها، وله أن يعود عن اختياره إلى اختيار ثان وثالث ورابع وهكذا فإن خير فلم يختر أقرع بينهما. [65]، ودليلهم في ذلك قضاء عمر وعلي وشريح ﷺ، وقول الشافعية دليله: قضاء علي حيث روي عن عمارة الجرمي أنه

قال: « خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع أو ثمان »، ودليل الحنابلة: قضاء عمر بن الخطاب حيث روي أن عمر خير غلاما بين أبيه وأمه، وكذا ما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه، رواه سعيد بإسناده والشافعي. [(66)] وفي لفظ أبي هريرة قال: « جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني، فقال له النبي ﷺ: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » [(67)] .

المطلب الثاني : مكان الحضانة

الأصل في الحضانة مصلحة المحضون، فعلى هذا الأساس يدور مكان الحضانة:

1 ـ فإذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بين الأب والأم فإن الحضانة تكون للأم وتكون في المكان الذي يعيش فيه الوالدان لقوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ ﴾ [الطلاق:6] وكذا إذا تعرضت العلاقة الزوجية إلى حالة الطلاق الرجعي ومازالت الأم في عدتها لقوله تعالى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق:1].

2 ـ إذا كانت العلاقة الزوجية منتهية بين الأب والأم الحاضنة بالطلاق أو بالموت وقد انتهت عدتها فمكان الحضانة هو المكان الذي يعيش فيه الأب أو من يقوم مقامه كالوصي، أو يكون الأب قريبا بحيث يستطيع أن يسافر إلى محضونه ويراه فيرعاه في نفس اليوم لأن الأصل: مصلحة المحضون وليس في مصلحته إهماله وعدم رعايته والإشراف عليه من طرف والده أو من يقوم مقامه،وهذا ما ذكرته المادة (69) من قانون الأسرة الجزائر إذ نصت على: « إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ».

ويجوز للأم الحاضنة التي تزوجها أب المحضون في بلدها وكان شرطها في ذلك أن تسافر إلى بلدها هذا و تقيم فيه بين أقاربها بالمحضون نظرا لمصلحتها ومصلحة ولدها لأن الأصل في الأقارب الشفقة على القريب وعلى ولده والأصل في أقاربها الشفقة عليها وعلى ولدها المحضون منها.

إما إذا كانت الحاضنة ليست هي الأم كالخالة مثلا فليس لها ذلك لعدم وجود عقد بينها وبين أب الطفل المحضون ويجعله راضيا ضمنا بأن يقيم ابنه المحضون عند أقاربها مثل الأم، وهذا الذي نصت عليه المادة (69) من قانون الأسرة الجزائري كما ترى.

المبحث الخامس : مسكن الحضانة وشبهات حول من ملّكه للحاضنة الأم

المطلب الأول : مسكن الحضانة

الأصل في الحضانة مصلحة المحضون، والأصل في الوالدين عدم المضارة بأولادهم، قال تعالى: ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة:233]، وقال عليه الصلاة والسلام: « لا ضرر ولا ضرار »(68). فعلى هاتين القاعدتين ألزم الله تعالى الأب أن يهيئ للحاضنة والمحضونين بيتا يسكنونه، بحيث إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بينهما فإن مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق:6] . وإن كان الأب والأم منفصلين تماما فإن على الأب أن يؤجر أو يشتري لأولاده المحضونين من أمهم بيتا لإيوائهم وذلك داخل في باب النفقة على أولاده، وحيث لا تتم الحضانة على أحسن ما يرام إلا إذا أسكنت حاضنتهم معهم: كان سكناها هي سكناهم، وبذلك صان الأب من الإضرار وصان الأولاد وأمهم من الإضرار : ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾ [البقرة:233].

المطلب الثاني : شبهة بعض التشريعات التي ألزمت الأب بترك المسكن لأولاده وحاضنتهم عند الفراق

1 ـ إن في هذا التصرف إضرار بالوالد وهو مخالف لنهي الله تعالى على ذلك في الآية السابقة ﴿ وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾.

2 ـ إذا تعارضت مضرة الأصل والفرع في الرفع قدمت مضرة الأصل لأنه السبب في إيجاد الفرع، فلا يضار الوالد بولده وإن كان لابد من مضرة فلتقع على الولد لأنه الفرع وليس على الأب لأنه الأصل.

3 ـ إذا فرض الإضرار على الوالد عمل على ألا يكون محل إضرار ثانيا فعمل على ألا ينجب ثانيا وعمل غيره الذين لم ينجبوا بعد على عدم الإنجاب سدا لذريعة المضرة والإضرار بهم، فكان هذا إقلالا من عدد أفراد المجتمع فتضرر المجتمع بعدم التكثير وبتكثير المجتمعات المجاورة له في نسلهم غير المطبقة لهذا التشريع المضر بالوالد وكذا عمل غير المتزوجين على ألا يتزوجوا حتى لا ينجبوا بحيث إن طلقوا وقعوا تحت الإضرار هذا، فعمت المضرة على المجتمع بالامتناع عن الزواج أصلا إذ تضررت المرأة أولا بعدم زواجها ثم تضررت ثانيا بعدم إنجابها، وإذا لم تتزوج لم تنجب فلم تطلق فلم تحضن فلم تبق في مسكن الحضانة، وإذا لم تنجب وقد تزوجت لم تحضن فلم تبق في مسكن الحضانة لا مؤقتا ولا إلى الأبد، فلما أدى اعتباره في هذه المسألة (مصلحة المحضون والحاضنة) أدى إلى عدم اعتباره وهو عدم هذه المصلحة بعدم الإنجاب وعدم الزواج أصلا.

كما أن إخراج الزوج من بيته سيفتح بابا واسعا أمام المرأة تلجه لكي تضيق على زوجها من أجل أن يطلقها فيخرج ويترك لها الجمل بما حمل فتكون ردة فعل الزوج عدم الزواج أو عدم الإنجاب، كما مر سابقا فتكون المضرة أعظم.

أجرة الحضانة: الأصل في الأجرة أنها في مقابل خدمة غير لازمة على العامل، إذ كل من قام بعمل لغيره استحق عليه أجرا إلا إذا أسقطه فيسمى متبرعا أو متطوعا، وعلى هذا:

1 ـ إذا كان للحاضنة نفقة فليس لها أجرة في هذه الحالة لتداخل أجرة الحضانة مع النفقة.

2 ـ أما إذا كانت الحاضنة ليس لها نفقة على ولي المحضون أو من يقوم مقامه فإن لها أجرة على عملها في الحضانة لأنه عمل للغير في مقابل، وبمثل هذا نصت المادة (72) من قانون الأسرة الجزائري: « نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا وإن تعذر فعليه أجرته» (69)

الفصل الرابع: حق القاصر في الولاية على نفسه وماله

تعريف الولاية: (70) هي سلطة شرعية يترتب عليها نفاذ التصرفات شرعا.

أنواع الولاية:

1 ـ الولاية على النفس: وهي سلطة شرعية يترتب عليها نفاذ التصرف شرعا على النفس.

2 ـ الولاية على المال: وهي سلطة شرعية يترتب عليها نفاذ التصرفات شرعا في مجال المال.

بم تكون الولاية؟: تكون الولاية على النفس بالقدرة على التصرفات التي تتعلق بالنفس كالصيانة والحفظ والتعليم والتربية والتزويج وكل ما يتعلق بنفس الصبي القاصر صيانة.

أما الولاية على المال فتكون بالقدرة على التصرفات المالية كالبيع والإجارة والرهن والمساقاة والمزارعة وغيرها صيانة لماله.

ق ـ الأصل في تصرفات الولي أو الوصي صلاح القاصر.

ق ـ كل تصرف منهما ليس في صالح القاصر فهو باطل.

ق ـ الأصل فيهما العزل عن أي تصرف ليس في صالح القاصر.

المبحث الأول: الولاية على النفس

فمنذ ما يخلق الجنين في بطن أمه وأمه بحاجة إلى من يرعاها ويصونها إذ تكون بحاجة إلى ولي يدير شؤونها، فإذا ما ازداد الصبي احتاج إلى عطف وحنان وخدمة خاصة أقرب ما تكون إلى الحضن وهي حضانة أمه أو غيرها لمن يصلح لها. وكانت هذه الحاضنة بحاجة إلى من يرعاها ويرعى هذا المحضون وذلك هو ولي الصبي أو القاصر إذ تقتصر مهمته في رعاية الصبي ومن يحضنه، فإذا ما خرج الصبي من فترة الحضانة وجد ولي أمره يرعاه ويصونه في نفسه وفي ماله، ففي نفسه يرعاه في تربيته وتأديبه وتعليمه وتوفير كل ما يحتاج إليه من النفقة في معاشه حتى تزويجه.

المطلب الأول : أحق الناس بالولاية على النفس

أما أحقهم بالولاية على النفس فالأب إن كان موجودا ولا يتصف بأي صفة خارمة لولايته كالجنون والسفر. فإن فقد: فالوصي الذي أوصاه الأب، فإن فقد الوصي فوصي الوصي وهكذا، فإن فقدوا جميعا: فالقاضي أو من يقوم مقامه، جاء

في المادة (87) من قانون الأسرة الجزائري: « يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا» [71]، مما يتضح منها مخالفة ما جاء في المذاهب الأربعة للفقه الإسلامي.

شروط الولي:

1 ـ الإسلام: لقوله تعالى:﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ [النساء:141]، ولأن الكافر لا يؤتمن على الصبي في أخلاقه ودينه. [72]

2 ـ الرشد، لقوله تعالى: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾ [النساء:5]، وإذا نهوا أن نؤتي السفهاء أموالهم فإن النهي عن إتيانه الصبيان من باب أولى.

3 ـ الذكورة.

4 ـ أن يكون أمينا فيما أسند إليه، لأن الفاسق غير المؤتمن لا يؤتمن منه على الصبي في دينه وماله.

5 ـ البلوغ لقصر أن يلي القاصر الولاية على القاصر، إذ لو صحت ولايته لصحت على نفسه.

6 ـ العقل، لأن المجنون هو من القاصرين فلا تصح ولايته على قاصر.

تنبيه: ومما يجب التنبيه عليه أن الولاية على النفس لا تثبت لمن يقوم بإيذاء الصغير دون سبب يدعو إلى ذلك مثل أن يضرب الطفل ضربا مبرحا وقاسيا، وكمن يهمل في علاجه إذا مرض مع القدرة على العلاج، وكذا من يحرم الصبي من التعليم ومن التربية الحسنة والخلق الكريم وكان قادرا على كل ذلك، فإذا سقطت الولاية بسبب من الأسباب التي ذكرناها سقطت الولاية منه وقدم من يليه، وهو الوصي أو وصي الوصي أو من يقيمه القاضي على شؤونه هذا قول المالكية. أما الحنفية فقالوا إنها تنتقل إلى العاصب الموالي من حيث القرب. [73]

سلطات الولي على النفس: للولي على النفس سلطة على الصبي في تأديبه وتوجيهه وتعليمه وسائر الأمور المتعلقة بنفس القاصر نفعا ومصلحة[74].

المطلب الثاني : انتهاء الولاية على النفس

تنتهي الولاية على نفس القاصر بالبلوغ للذكر وقيل بخمسة عشر سنة وقيل بسبعة عشر وقيل ثمانية عشر، أما الأنثى فتنتهي بالبلوغ كالذكر على قول الجمهور وبعض المالكية، وقيل تنتهي بالدخول إلى بيت الزوجية لعدم رشدها قبل دخولها لعدم معاشرتها الرجال، إذ تكون قبل هذه الفترة سفيهة واجبة الحجر عليها في نفسها ومالها.

المبحث الثاني: الصبي الذي يولّى عليه

تعريف الصبي: الصبي هو الذي مازال لم يبلغ بعد ولم تظهر عليه أي علامة على بلوغه.

دليل الولاية والحجر عليه في نفسه وماله: قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء:6] ، فشرط الله تعالى لدفع مالهم: الرشد والبلوغ، وبلوغ النكاح في الآية هو بلوغ الحلم. (75)

علامات البلوغ:

أـ العلامات العامة:

1 ـ إنبات شعر العانة، والمراد به الشعر العادي لا مجرد الزغب. ولا يكون شعر الإبط أو اللحية علامة على البلوغ لأن العادة فيهما تأخرهما عن البلوغ لحديث سعد ﷺ قال: «حكمني رسول الله ﷺ في بني قريظة، فكنا نكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه في الذراري » (76)، وفي رواية لمسلم وقال له ﷺ : « لقد حكمت بحكم الله من فوق سبع سموات» (77).

2 ـ بلوغ السنّ: وهو السنّة الذي العادة استصحاب البلوغ معها وهي ثمانية عشر سنة وهو قول ابن القاسم من المالكية لقوله تعالى: ﴿وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام:152]. قال ابن عباس ﷺ: «الأشُدّ: ثماني عشرة سنة، ومثل هذا لا يقال إلا عن توقيف» (78)، وقيل إلى خمسة عشر سنة لقوله

ﷺ: «إذا بلغ المولود خمس عشرة سنة كسب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود» [(79)]، ولإجازته ﷺ لعبد الله بن عمر بالقتال وهو ابن خمسة عشر سنة وكان قد رده لأربع عشرة سنة ونص الحديث: عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عرضني رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني» [(80)] وليس في الحديث دلالة على البلوغ إنما فيه دلالة على إجازة القتال سواء أبلغ أم لم يبلغ.

3 ـ الاحتلام لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور:59]، وقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل وحتى عن النائم حتى يصحو» [(81)].

ب ـ العلامات الخاصة بالنساء:

1 ـ الحيض: لقوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش رضي الله عنها: « فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي» [(82)]، وقوله ﷺ لأسماء بنت أبي بكر: « يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» [(83)]، وأشار إلى وجهه وكفيه.

2 ـ الحمل : ولا يتأكد منه إلا بالوضع أو النفاس ودليله قياس دم النفاس على دم الحيض، فإذا علم وقت النفاس علم وقت الحمل، وإن أخبرت الحامل به صدّقت وكذا إذا ظهرت عليها علامات الحمل المؤكدة له.

المبحث الثالث: الولاية على المال

المطلب الأول : الحجر على الصبي

الأصل في الصبيان الحجر عليهم سواء في أنفسهم أو في أموالهم حفاظا عليهم (على أنفسهم) وعلى أموالهم والحفاظ على الأموال عائد على الحفاظ على الأنفس لأن المال خادم لها، والأصل في الولاية على القصر: التصرف بما ينفعهم، فلا يتصرف الولي إلا بما تقتضيه مصلحة الصبي لقوله تعالى: ﴿ وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام:152] ، فإذا كانت الأموال لا يقربها الولي إلا بالتي هي أحسن في صالح الصبيان فإن الأنفس لا يقربها إلا بالتي هي أحسن وأصلح

لهم من باب أولى لتقديم النفس على المال، ولقوله ﷺ: « ما نحل والد ولدا أفضل من أدب حسن »[84].

وعلى هذا فلا يعلّمه إلا ما ينفع ولا يربيه تربية إلا الأليق ولا يرعاه به إلا بالأحسن ولا يتصرف له في ماله إلا بما يحافظ له عليه حفظا وتنمية... ولا يستوفي قصاصه، ولا يعفو عنه لأنه إذا بلغ: اقتصّ أو صالح على مال، ولا يطلق نساءه... ولا يعفو عن شفعته إلا لمصلحته.[85]

المطلب الثاني : متى يخرج الصبي من الحجر عليه

إذا بلغ الصبي فله أن يخرج عن أبيه، وإن كان أبوه شيخا ضعيفا إلا أن يستحق الحجر لسفه، وإذا تزوجت المرأة وولدت وأراد أبوها الخروج بها وكرهت فراق ولدها: فذلك لخروجها من الحجر[86].

جواز التجارة في مال القاصر: تجوز التجارة في مال القاصر لقول عمر بن الخطاب: « اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[87]، وروي مرفوعا. ولا ضمان على الولي إذا كسدت تجارته أو خسرت لأنه مؤتمن، ولأن الأصل فيه العمل على صلاح القاصر في ماله وفي نفسه.

جواز خلط نفقة اليتيم بمال الولي أو الوصي: يجوز للولي أو الوصي أن يخلط نفقة اليتيم مع ماله إذا كان ذلك صلاحا لليتيم لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللهُ يَعْلَمُ المُفْسِدَ مِنَ المُصْلِحِ﴾ [البقرة:220]، ولأن إفراده قد يشق عليه خاصة إذا كان في بيت واحد، أما إذا كان هذا الخلط هو مصلحة للوصي مفسدة لليتيم فلا يجوّز ذلك لاتهامه بتفريطه ولقوله تعالى: ﴿ وَلا تَقْرَبُوا مَالَ اليَتِيمِ إِلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام:152] ، أي أحسن من جهة اليتيم.

التوسعة على اليتيم من ماله عرفا: ينبغي على الولي أو الوصي أن يوسع في نفقته على اليتيم في حدود العرف لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق:7].

جواز الإنفاق على أم اليتيم من مال اليتيم: ويجوز الإنفاق عليها من ماله إذا كانت فقيرة لا تملك مالا ولا من ينفق عليها لقوله تعالى: ﴿وَبِالوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾ [النساء: 36].

عدم البيع أو الرهن من مال اليتيم أو الولد من طرف الولي أو الوصي:

لا يحق للأب وللوصي أن يبيع لنفسه من مال القاصر المولّى عليه إلا إذا كان ذلك في صالح القاصر لأن الأصل في أي تصرف للولي تجاه القاصر أن يكون في صالح القاصر.

فروع :

ـ ما باع أو رهن من متاع ولده لنفسه وهو معدم فهو مردود إن عرف أنه فعله لنفسه: للتهمة إذ قد يقدم مصالحه على مصالح الولد فيرخص في الثمن.

وإن جهل هل كان البيع أو الرهن لنفسه أو لولده: لم يرد البيع ولا الرهن لإمكان صحة التصرف وأنه قد جاء على الأصل وهو التصرف بالمصلحة تجاه الصبي.

ـ أما إذا كان الأب مليا(غنيا) فإن البيع والرهن ماضيان وهو ضامن له القيمة في ماله، تصحيحا للتصرف بحسب الإمكان. (88)

ـ للأب أو الوصي أن يبيع عقار الصبي إذا كان في صالح الصبي إلا أن يبيعه ببخس فيرد البيع لأنه معزول عن أن أي بيع ليس في صالح الصبي.

وإذا باعه محابيا للمشتري: نفذ البيع إذا كانت المحاباة يسيرة وعدت على الأب أو الوصي في ماله لأنه ضامن لمال الصبي، وإن عظمت المحاباة رد البيع من أصله لأنه معزول عن التصرف غير النافع للصبي. (89)

وهذا الذي ذهبت إليه المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري إذ نصت على: « على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1 ـ بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

2 ـ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3 ـ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4 ـ إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد على أكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد»(90).

الفصل الخامس: موقع اتفاقية حقوق الطفل المعلنة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة من حقوقه في الإسلام

مما لا شك فيه أن الحكمة هي ضالة المؤمن أينما وجدها فهو أحق بها كما ذكر النبي ﷺ حيث سن بقوله هذا قاعدة ذهبية تبقى إلى يوم الدين...

وإذا ما نظرنا اليوم بنظرة متفحصة إلى حقوق الطفل المعلنة عالميا باتفاقية حقوق الطفل في الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1989 في دورتها الرابعة والأربعون، وقرأنا ديباجتها وموادها مادة مادة لأدركنا أنها من هذه الحكم التي يجب على المسلم أن يكون هو أحق بها من غيره.

وإذا ما عدنا إلى نصوص الإسلام وأصوله وفروعه لأدركنا أنها لم تكن ضالة على جميع المسلمين وإنما هي موجودة في الإسلام منذ أن نزل الوحي من السماء وجاء به جبريل عليه السلام إلى محمد ﷺ يعلمها المتخصصون الأفذاذ في هذه الشريعة الغراء. وإذا كان الحال هكذا فيمكنك أن تسألني: هل صحيح ما تدعيه من احتواء حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية لحقوقه المعلنة في هذه الاتفاقية أم هي مجرد دعاية إلى هذه الحقوق وهذه الهيئة فقط؟

وأجيبك في الحين بأنني قد تتبعت ديباجة هذا الإعلان للاتفاقية كلمة كلمة، وجملة جملة، ثم تتبعت مواده مادة مادة، فأدركت أن في العالم أناسا قد صحت ضمائرهم بعد نوم طويل، وذلك بعدما رأوا ذلك الدمار الهائل الذي لحق بالطفل منذ قرون عديدة خاصة ما لحق به في القرن العشرين أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية، ومازالت آثارها عليه وخيمة إلى يومنا هذا، وأنهم بعد ما صحت ضمائرهم صاحوا بأعلى صوت لهم بهذه المواد التي تحدد حقوق الطفل والمسطرة في هذه الاتفاقية: اتفاقية حقوق الطفل في الجلسة العامة61 ـ 20 تشرين الثاني/ نوفمبر1989م.

وأدركت عندها أن مجموع الإنسان مهما طغى في الأرض وطاش وتجبر إلا ويبعث الله تعالى منه من يعيده إلى رشده من العقلاء، وأن الخير في البشر إلى يوم القيامة ... وأن العالم لن يخلو في يوم من الأيام من عقلاء يحرصون أو يحاولون الحرص على مصالح عموم سكانه وعلى رأسهم أطفالهم الذين هم مستقبل هذا العالم، وهم استمرار البشر عليه.

ولقد تتبعت مواد هذا الإعلان مادة مادة محاولا تأصيل أي مادة يمكن أن يكون لها أصل في الشريعة الإسلامية، فأذكر دليله أو أجد له فرعا في فقهها يشابهه، فوجدت العجب العجاب... فاسمعوا مني نتائج ما توصلت إليه:

النتيجة الأولى: كل مادة منها كنت أتصفح لها آيات في القرآن الكريم أو أتصفح لها أحاديث من السنة النبوية الشريفة، أو فرعا من فروع الفقه الإسلامي الزاخر إلا وكانت هذه الآيات والأحاديث والفروع تتزاحم عليّ تزاحما عجيبا لإثباتها.

النتيجة الثانية: وعلى ما سبق: أدعو إلى وجوب اعتماد هذه الاتفاقية (اتفاقية حقوق الطفل 1989) على أن تكون هي المواد الأولى للحوار العالمي بين سائر شعوب المعمورة فيما بين أفراد أي شعب من هذه الشعوب، ثم فيما بين الشعوب المختلفة في هذا العالم، وذلك للوصول إلى حقوق عالمية للأطفال لتنشئتهم التنشئة الحسنة لكي يبنوا عالما جديدا ينعم بالتفاهم والحوار الجاد فيما بين الناس فتسعدهم

جميعا، إذ تحافظ على هوية أطفال كل شعب وعلى خصوصياته وتبني مجتمعا إنسانيا راقيا في جو من الاحترام، وفي جو من التعاون المثمر.

وعلينا أن لا نخشى من هذا الحوار لأن من قواعد الإسلام وفروعه ما يجعلنا متفوقين في هذا الميدان التفوق الأعظم، فيجعلنا نحقق عالمية الإسلام في هذا الميدان وفي أوجز وقت ممكن، وعلينا أن لا نغلّق الأبواب والنوافذ ونتقوقع بالإسلام فتلحقنا لعنة الله تعالى، إذ فرطنا في نشره وتبليغه إلى كافة الناس بالحكمة والموعظة الحسنة والدفع والمجادلة بالتي هي أحسن، وبالتبشير وليس بالتنفير، وبالتيسير وليس بالتعسير.

ـ الهوامش :

1 ـ مسلم، الجامع الصحيح (ط/ دار ابن حزم، بيروت 2002) الحديث رقم :1457.
2 ـ ابن حبان، صحيح ابن حبان، الحديث رقم: 4096.
3 ـ قانون الأسرة الجزائري (ط/ berti Edition، الجزائر، سنة 2002) ص:13.
4 ـ قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص:14.
5 ـ المرجع نفسه ص:13.
6 ـ المرجع نفسه ص:11.
7 ـ المرجع نفسه.
8 ـ البيهقي، السنن الكبرى : 8/ 238 عن علي ﷺ موقوفا.
9 ـ البخاري، الجامع الصحيح، الحديث رقم:4745، ومسلم، الجامع الصحيح الحديث رقم:1497.
10 ـ مسلم، الجامع الصحيح الحديث رقم:1457.
11 ـ قانون الأسرة الجزائري ص:13.
12 ـ المرجع السابق ص:13.
13 ـ المر جع نفسه.
14 ـ المرجع نفسه.
15 ـ المرجع نفسه.
16 ـ المرجع نفسه.
17 ـ البخاري، الجامع الصحيح، الحديث رقم:4745 ، و4747.
18 ـ قانون الحالة المدنية الجزائري (مطبوع مع قانون الأسرة الجزائري) ص:139.
19 ـ مسلم، الجامع الصحيح الحديث رقم:1457.
20 ـ قانون الأسرة الجزائري ص:14.

21 ـ البخاري، الجامع الصحيح، الحديث رقم:6005، ومالك بن أنس، الموطأ، الحديث رقم: 1768.
22 ـ سنن النسائي، الحديث رقم:3608.
23 ـ مالك بن أنس، الموطأ ص:251.
24 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي (ط مؤسسة الريان، سنة 2002، بيروت، لبنان) 3/ 367.
25 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي 3/ 668.
26 ـ عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية (ط/ مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، 2004 القاهرة مصر) ص: 434.
27 ـ الحطاب، مواهب الجليل (ط/ دار الكتب العلمية 1995، بيروت لبنان) 5/ 588.
28 ـ البخاري، الجامع الصحيح، الحديث رقم:2211، ومسلم، الجامع الصحيح، الحديث رقم:1714.
29 ـ مسلم، الجامع الصحيح، الحديث رقم:997.
30 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي 3/ 133.
31 ـ قانون الأسرة الجزائري ص:21 ـ 22.
32 ـ عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ص:434.
33 ـ أخرجه ابن ماجه في سننه، وقد صححه الألباني المشكاة : 218.
34 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي 3/ 133.
35 ـ البخاري، الجامع الصحيح، الحديث رقم:2211، ومسلم، الجامع الصحيح، الحديث رقم:1714.
36 ـ ابن قدامة، المغني (ط/ دار الكتاب العربي، 1983، بيروت لبنان) 9/ 256 ـ 257 .
37 ـ سورة الإسراء:26 ـ ابن قدامة، المغني 9/ 257.
38 ـ سورة البقرة : 233 ـ ابن قدامة، المغني 9/ 258.
39 ـ قانون الأسرة الجزائري ص:22 .
40 ـ المرجع نفسه.
41 ـ البخاري، الجامع الصحيح، الحديث رقم:2211، ومسلم، الجامع الصحيح، الحديث رقم:1714.
42 ـ الرازي، المختار الصحاح ، (ح ض ن).
43 ـ عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ص: 401.
44 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي 3/ 156. وانظر كذلك : مواهب الجليل للحطاب 5/ 593.
45 ـ قانون الأسرة الجزائري ص:18.
46 ـ الحاكم، المستدرك على الصحيحين 2/ 55 ، وقال حديث صحيح.
47 ـ الحاكم، المستدرك على الصحيحين 2/ 55.
48 ـ البيهقي، السنن الكبرى 8/ 5 .
49 ـ الرازي، الصحاح (و، ل،هـ).
50 ـ الحطاب، مواهب الجليل 5/ 593.
51 ـ وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر (ط/ دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت 2005) 2/ 286.

52 ـ الحطاب، مواهب الجليل 5/ 592 ـ 593 .
53 ـ سنن ابن ماجة الحديث رقم:2041، وصححه الألباني (الإرواء:297 ـ المشكاة :3287، 3288).
54 ـ قانون الأسرة الجزائري ص: 20 .
55 ـ نفس المرجع ص: 19.
56 ـ سنن أبي داوود الحديث رقم: 2244 وصححه الألباني.
57 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي 3/ 165
58 ـ عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ص:412 .
59 ـ المرجع نفسه.
60 ـ المرجع نفسه.
61 ـ ابن قدامة، المغني 9/ 299 ، والزحيلي، الفقه المالكي الميسر 2/ 288.
62 ـ الزحيلي، الفقه المالكي الميسر 2/ 292.
63 ـ قانون الأسرة الجزائري ص:20 .
64 ـ ابن قدامة، المغني 9/ 300.
65 ـ المصدر نفسه 9/ 301.
66 ـ المصدر نفسه 9/ 300.
67 ـ المصدر نفسه 9/ 300، سنن أبي داوود الحديث رقم:2277 وصححه الألباني.
68 ـ سنن ابن ماجه الحديث رقم:2340، وصححه الألباني (السلسلة الصحيحة:250، الإرواء:896).
69 ـ قانون الأسرة الجزائري ص: 20 .
70 ـ ابن رشد الجد، المقدمات (مع المدونة) 5/ 296 ـ 301.
71 ـ قانون الأسرة الجزائري ص:25.
72 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي 3/ 664 .
73 ـ عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ص:425 .
74 ـ نفس المرجع ص:424.
75 ـ الغرياني، مدونة الفقه المالكي 3/ 656.
76 ـ من حديث عطية القرظي: أخرجه أحمد في المسند 4/ 310، 4/ 383 ـ والدارمي 2/ 223 ـ وأبو داود في السنن ح 4404 ـ وابن ماجة في السنن ح 2541 ـ والترمذي في سننه ح 1584 ـ والنسائي في سننه 1/ 155، 8/ 92 ـ وابن الجارود ح 1045.
77 ـ صحيح مسلم 64/ 1768 ـ مسند أحمد 3/ 22، 3/ 71 ـ وسنن أبي داود ح 5215 و ح521.
78 ـ القرافي، الذخيرة (ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002) 7/ 81.
79 ـ أخرجه البيهقي وقال : إسناده ضعيف لا يصح.

80 ـ البخاري، الجامع الصحيح: ح 2664 ـ ومسلم، الجامع الصحيح : ح 1868، واللفظ له.
81 ـ سنن ابن ماجة ح 2041 وصححه الألباني (الإرواء: 297 ـ المشكاة: 3287، 3288).
82 ـ البخاري، الجامع الصحيح: ح 331 واللفظ له، ومسلم، الجامع الصحيح : ح 333.
83 ـ سنن أبي داوود ح 4104، قال أبو داوود: هو مرسل لم يسمع خالد بن دريك من عائشة ولا أدركها، وسعيد بن بشير ليس بالقوي (إلا أن الألباني قد صححه في الحجاب 24).
84 ـ سنن الترمذي ح 1952 ـ المستدرك للحاكم 4/ 263 ـ السنن الكبرى للبيهقي 2/ 18 ـ المسند 4/ 77.
85 ـ القرافي، الذخيرة 7/ 82 .
86 ـ المصدر نفسه.
87 ـ مالك بن أنس، الموطأ ح 586، ص: 159 ـ ط/ دار الفكر بيروت لبنان، 2002.
88 ـ القرافي، الذخيرة 7/ 84.
89 ـ المصدر نفسه.
90 ـ قانون الأسرة الجزائري ص: 25 26 .